Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

erkennt, auch jetzt die Klage völlig oder angebrachtermaßen abzuweiſen, und das Vorurtheil mancher Gerichte, daß man möglichſt ſchon zur Ehre des Richteramts die einmal zugelaſſene Klage aufrecht halten müſſe, iſt ſchon von der gewichtigen Stimme des Dresdener Appellationsgerichts niedergeſchlagen worden. [26])

26) Kind quaest. jur. t. III. 385.

V.

Ueber die exceptio plus petitionis.

Vom Herrn Profeſſor Dr. Geſterding zu Greifswald.

Die alten Rechtsgelehrten fanden ihre Freude daran, eine Menge Namen von Einreden zu erfinden, die ſich bis auf unſere Zeiten erhalten haben. Es hat ſich aber unter dieſen Benennungen manches eingeſchlichen, was keine wahre Einrede iſt, indeſſen fortwährend dafür gilt, weil man ſich nicht die Mühe nimmt, die Sache näher zu unterſuchen. Dahin rechne ich die ſogenannte exceptio plus petitionis. Die Rechtsgelehrten halten ſie für eine dilatoriſche Einrede, welche ſo oft Statt findet, als der Kläger ſich einer Zuvielforderung ſchuldig macht, mag er nun, nach den vier verſchiedenen Arten die der §. 33. I. de act unterſcheidet, re oder tempore, loco oder causa zuviel begehren. Sie berufen ſich zum Beweiſe, daß exceptio plus petitionis zu den Einreden und zwar den verzögerlichen gehöre, auf §. 10. I. de except. [1]), und legen ihr dieſelbe Wirkung bei, welche an-

1) Zanger de except. Lib. 2. cap. XI. no. 1 et 2.

dere Einreden dieser Art hervorbringen, daß der Beklagte von der Instanz zu entbinden ist [2]).

Unter der except. plus petitionis kann gar mancherlei versteckt seyn, bisweilen liegt auch eine Einrede darunter verborgen, aber lange nicht in allen Fällen. Nur wenn man unter einer Einrede eine jede Anführung des Beklagten versteht, deren er sich zu seiner Vertheidigung bedient, nur dann kann man die exceptio plus petitionis im Allgemeinen für eine wahre Einrede erklären. Aber wer beides gehörig von einander absondert Einreden und das, was zur Geschichte der Klage oder vielmehr zu demjenigen gehört, was die Klage begründet, wer überhaupt gehörig unterscheidet, der wird, bei Zergliederung der exceptio plus petitionis, darin entdecken meistens eine verneinende Einlassung auf die Klage oder auch eine Abläugnung des Klagerechts, bisweilen eine peremtorische Einrede, oder vielmehr, unter der Form einer exceptio plus petitionis, eine Folgerung aus jener, selten nur eine dilatorische.

Wenn Jemand vom Richter begehrt, daß er den Gegner verurtheilen und nöthigen solle, einer gewissen Forderung ein Genüge zu leisten, so gehört zur Begründung dieses Antrags, nicht nur, daß die Forderung überhaupt vorhanden, sondern auch, daß der Kläger schon jetzt befugt sey, was er fordert, zu begehren. Setzen wir also, der Kläger fordert 1000 Thlr. weil der Beklagte sie ihm versprochen, der Beklagte gesteht das Versprechen, behauptet aber, er habe nicht, wie angegeben, am 4ten December 1820 sondern erst am 4. December 1821 zu zahlen versprochen, in diesem Falle ist er der Klage nicht durchgehends geständig gewesen. Nach der Kunstsprache würde er exceptionem plus petitionis ratione temporis vorgeschützt haben. Aber in der That hat er nur einen Theil des

2) Zanger c. l. n. nr. 12.

Klagegrundes verneint. Zwar in der Wirkung kömmt ſeine Behauptung oder vielmehr das darin enthaltene Läugnen mit einer dilatoriſchen Einrede überein, deshalb nimmt ſie jedoch das Weſen einer Einrede nicht an. Der Beklagte muß, wenn der Kläger zu früh gefordert hat, von der Inſtanz entbunden werden, aber nicht, weil des Beklagten Einwand gegründet iſt, ſondern weil es der gegenwärtigen Klage am Grunde gebricht oder m. a. W. weil der Kläger für jetzt das nicht zu fordern berechtigt war, was er begehrt.

Setzen wir einen andern Fall. Dem Beklagten liegt eine alternative Verbindlichkeit ob, und der Kläger fordert beſtimmt das Eine. Hierauf wendet der Beklagte ein: Du machſt Dich einer Plus petitio *quoad causam* ſchuldig, indem du mir die Wahl entziehſt, die mir als Schuldner zuſteht. Iſt dieß eine Einrede, oder iſt es nicht vielmehr eine Abläuguung des Klagrechts?

Ein dritter Fall ſoll ſeyn. Der Beklagte ſchützt den Einwand vor, ihm ſtehe eine Gegenforderung zu, wodurch die eingeklagte Schuld zum Theil aufgewogen werde, folglich begehre der Kläger zuviel; er bedient ſich alſo der exceptio compensationis, *hinc plus petitionis*. Hier iſt exceptio plus petitionis eine peremtoriſche Einrede oder vielmehr eine Form, wodurch das Ergebniß einer ſolchen ausgedrückt wird.

Nur in einem Fall wird exceptio plus petitionis das Aushängeſchild einer wahren verzögerlichen Einrede ſeyn, nämlich wenn der Beklagte ſeinem Gegner den Einwand macht, die Klage werde zu frühe erhoben und er dabei die Unzeitigkeit der Klage aus ſpätern Ereigniſſen ableitet, wodurch er Friſt erlangt habe, z. B. er beruft ſich auf ein Moratorium oder auf ein pactum de non petendo *intra certum tempus*. Dann enthält ſein Einwand eine ſelbſtändige Behauptung, welche gegründet von der Art iſt, daß er dadurch gegen das Verlangen des Klägers

zur Zeit in Schutz genommen wird. Aber selbst diese dilatorische Einrede, da sie nicht sowohl das gerichtliche Verfahren betrifft, als vielmehr in die Sache selbst eingeht, wird erst nach der Einlassung ihre schickliche Stelle finden unter den peremtorischen Einreden.

Die oben angeführte Stelle der Institutionen bestätigt die gewöhnliche Theorie nicht, wohl eher diese, wenn sie noch einer Bestätigung bedürftig wäre. Denn Justinian bemerkt keineswegs, daß ein jedes Berufen auf eine vom Gegner begangene Pluspetitio eine Einrede enthalte, und noch weniger eine dilatorische, sondern er spricht von demjenigen, der *tempore* zu viel fordert, indem er die exceptio pacti conventi, *ne intra certum tempus ageretur*, zu den dilatorischen Einreden rechnet.

VI.

Von der actio tutelae utilis des Vormundes, welcher für seinen Mitvormund, an den vormaligen Pupillen, ohne vorgängige Cession Zahlung geleistet hat. (Mit Beziehung auf einen beigefügten Rechtsfall.)

Von Herrn Prof. der Rechte D. von Lindelof in Gießen.

§. 1.

Die Frage: ob einem Vormunde gegen seinen Mitvormund für den er aus der Geschäftsführung ohne Cession gezahlt hat, die actio negotiorum gestorum oder die actio tutelae utilis zustehe, ist aus dem Grunde von größter Wichtigkeit,